12 13



POR EL MONASTERIO, PRIOR, Y Monjes de la Cartuxa de la Ciudad de Xerez de la Frontera, en el pleyto.

CON

LA DICHA CIVDAD de Xerez.

En Granada lo imprimio Francisco Heylan, impressor de la Real Chancilleria. Año 1628.

1 STE pleyto començó por la querella, que el Conuento dió de la dicha Ciudad en esta Corte, en 16. de Março, del año passado de 1607. en que por denegarle la dicha Ciudad el repartimiento del tronco de la bellota para su ganado de cerda, pidiò sobrecarta de la executoria de entretanto, que se despachó en su fauor en contradictorio juyzio con la dicha Ciudad, en 12. de Octubre, del año passado de 1534. donde se determino, que el dicho Conuento pudiesse gozar con sus ganados de los pastos, y aprouechamientos de todos los terminos de la dicha Ciudad, como los demas vezinos en el entretanto que el pleyto principal, que se siguia entre la Ciudad, y monasterio se feneciesse.

2 ¶ Esta pretension aunque se intento por via executiua, ya el negocio se a conuertido en ordinario, porque se dió traslado a la Ciudad, y se han hecho prouāças por las partes en plenario sobre todas sus pretensiones, y el negocio está sustanciado legitimamente sobre todas ellas.

3 ¶ Y la pretencion del Monasterio es, que se le deue mandar a la Ciudad reparta al Monasterio el tronco de encinas, que huuiere menester para todo su ganado de cerda, y que no le impida el hazer los demas aprouechamientos que pueden hazer los demas vezinos de la dicha Ciudad, y que se ha de mandar despachar la dicha sobrecarta sin embargo de la transacion, y concordia, y demas excepciones de que ha opuesto la Ciudad para impedir la dicha pretēsiō para lo qual diuidimos esta alegacion en dos partes, y en la vna se fundara la pretension del Monasterio, y en la otra se satisfara a las dichas excepciones, y fundamentos de la Ciudad.

Primera Parte.

4 COSA cierta y assentada es, que el Monasterio de estos Monjes esta sito y fundado dentro de los limites, y juridicion de la Ciudad de Xerez, y media

legua

legua distante, y apartado della, como lo concluyen los testigos del Monasterio en la segunda pregunta de la plenaria, y lo confiessa la Ciudad, y assi se deue repu tar por vezino della, & quod magis est, por vno de los mas principales, porque el Pueblo se diuide en dos estados: el vno de personas legas, y el otro de Eclesiasticas, y ambos componen la Vniuersidad, y gozan de los priuilegios, Bart. in l. 1. numer. 1. ff. ad municipalẽ, Antonius Natta, de statutis excluden. femi. 3. quæst. princi. numer. 85. Marsilis in tract. de bannitis verbo ciuitate, numer. 116. Cassaneus in consuetud. Burgundiæ Rubrica 13: §. 9. n. 2. vbi ex pluribus comprobat. *Clericos esse ciues districtuales*, quod vtique procedit non solum in Clericis originarijs, verum etiam in alienigenis, dumtamẽ eodem loco habitent, aut beneficia possideant, nam quamdiu resident inter alios ciues pro ta libus computantur, Andreas Barbatia, in cap. Rodulphus, numer. 137. de rescriptis, Boerius decis. 260. n. 20. & licet non habitent intra muros Ciuitatum dum tamen intra territorium commune commorentur, l. qui ex vico, l. 35. ff. ad municipalem, ibi, *Qui enim illius ciuitatis præcipuis non vtitur, non existimatur esse incola, vndé territorium est vniuersitas agrorum intra fines cuiuscumq; ciuitatis*: no dixo intra muros sino intra fines comprehendiẽ do todos los terminos adherentes ala propria Ciudad y continuados con ella; lo mismo decidió el texto, in l. nulli, §. quod si vnico vbi glos. & DD. C. de Episcopi, & Clericis, l. finali de iurisdictione omnium iudicũ, Bald. cons. 293. numer. 1. vol. 4. Ludouicus Pontanus, de succes. fæudi, cap. 21. n. 64.

5 ¶ Vndé quamuis religiosi, & personæ Ecclesiasticę non substineant onera temporalia participan de todos los priuilegios que los demas ciudadanos participan, y gozan, quia substinent spiritualia onera, quod sufficit, Bart. in l. 1. numer. 1. ff. ad municipal. & omnes DD. supra relati, Marta de iurisdict. 4. part. centuria 1. casu 82. numer. 4. vsq; ad 7. subijciens, ibi: *Quod licet dicantur ciues præuilegiati secundum Alexandrum, cons. 41. numer. 4. vol. 7. tamen adhuc debent gaudere benefitijs statutorum ne concessa in priuilegium resultent in odium contra regulam, l. quod fauore, C. de legibus, l. nulla. ff. eodem titulo, & quãuis non substineant onera temporalia sufficit substinere spiritua-*

lia,

lia, vt orationes, & vigilias in loco statuti, vndè etiam per modum priuilegij, & libertatis Ecclesiasticæ dictorum statutorum beneficijs vti possunt, difusé Petrus Surdus, decis. 129. nu. 11. vsque ad 15. fol. 328. Y consiguientemente siendo como son estos Religiosos consortes y conuezinos hã de gozar del pasto, y demas aprouechamientos de los dichos terminos, y dehesas que fueren comunes con todos sus ganados, como los demas vezinos, como elegantemente lo prueua Bertrando, cons. 92. per totum, volum. 3. donde auiendo resuelto la controuersia, que auia entre el Concejo y justicia de Villanoua, que queria excluyr de los pastos y aprouechamientos de sus terminos a los Monges Cartuxos del Conuento de aquella villa, por dezir que no eran vezinos, y el Conuento pretendia, que los auian de gozar por serlo como los demas vezinos, resoluio este autor con la doctrina de Bartulo in l. fin. ff. ad munipalem de Abad, in cap. fin. de Parrochijs, Oldraldo, Castrense, y otros ser los dichos Religiosos vezinos, y como tales deuer gozar de los pastos, y aprouechamientos que gozauan los demas vezinos, his verbis. *Quemadmodum ergo alij ciues & incolæ loci, & territorij Villenouæ possunt sua animalia immittere tenere, & pascere in territorio huiusmodi, ita & poßunt reuerendus pater & religiosi domini Prior, & Conuentus animalia sua, seu eorum venerabilis Monasterij, & Ecclesiæ immittere, & depascere in dicto territorio, l. textatrix, §. 1. ff. si seruitus vendi. quem adhoc allegat Oldraldus, d. cons.* 74. Y en quanto a los aprouechamientos de las dehesas particulares, dize: *& intelligo dicti domini Cartusienses posint dicta eorum animalia immittere, & depascere non solum in suis prædijs existentibus in dicto territorio de quo nulla cadit dubitatio, sed etiam possunt illa immittere, & depascere in pascuis publicis dictæ vniuersitatis postquam, vt prædixi ipsi sunt membrũ illius, & quidem non villæ, quod omnes nouerunt, sed inter nobiliora hactenus Bertrandus*: quem sequutus fuit Petrus Surdus, cons. 65. numer. 6. y estas doctrinas que estan ajustadas, son al punto, y materia de que tratamos en ningun caso se pueden praticar mas bien que en el de este pleyto, donde litiga vn Conuento de tanta Religion, exemplo, y donde tanto se exercitan las oraciones, vigilias, y cosas espirituales, y que consume la mayor parte de sus rentas en limosnas de pobres, y socorros de

 otros

otros Conuentos mendicantes de la dicha Ciudad, leuas de soldados, socorros de presidios circunvezinos, como lo han hecho siempre, y lo hizieron con el de Cadiz, quando los años proximos passados estuuo cercado con la armada Inglesa, de que notoriamente consta por las prouanças, testimonios, y certificaciones del Duque de Medina, que estan presentadas en este pleyto.

6 ¶ Rursus, porque junto con la asistencia del derecho que tiene por si el dicho Monasterio, tiene prouado en entrambas prouanças de la sumaria, y plenaria, en la 3. preg. possesion inmemorial con todos los requisitos necessarios de derecho, de auerse aprouechado de los terminos, y dehesas comunes de la dicha Ciudad, con todos sus ganados sin limitacion ninguna, pastando las yeruas, y beuiendo las aguas, y con todos los ganados de cerda que ha tenido comiendose la bellota, y las vezes que ha auido repartimientos de troncos participado dellos, como los demas vezinos, y mas poderosos de la dicha Ciudad, con sciencia, y paciencia della y de todos sus Regidores y vezinos, y sin contradicion ninguna, y por razon desta possession, quando no perteneciera al Monasterio derecho de pastar, y hazer los aprouechamientos, iure communi, como a vezino le compitiera, iure seruitutis præscripte, l. 1. cum quatuor seqq. ff. de seruitu. rustico. prædio. c. 6. & 15. titu. 31. partic. 3. donde se prueua, que el estraño, y alienigena a quien no compete el derecho de aprouecharse del territorio ageno, lo puede adquirir por el tiempo, y quando se huuiera de tener por derecho discontinuo, se huuiera adquirido por el dicho tiempo y possesion inmemorial, iuxta tex. in l. 15 titu. 31. part. 3. Dom. Couarr. lib. 1. variar. cap. 17. num. 11.

7 ¶ Ex quibus fundamentis deducitur: lo vno que el Monasterio puede, y deue gozar de los pastos de todos los terminos de la Ciudad de Xerez, y de la bellota sin limitacion, como los demas vezinos, y que se les deue mandar hazer repartimiento de tronco de enzinas para el dicho su ganado todas los vezes que se hiziere a la dicha Ciudad por los demas vezinos. Lo otro

que

que ſe deue mādar deſpachar la ſobrecarta que el Monaſterio ha pedido de la executoria del interin del año paſſado de 1534. porque comprehende los aprouechamientos de la bellota ſobre que aora ſe litiga, y cōſta de ſu vſo y obſeruancia, haſta el dia que ſe mouio eſte pleyto, y del quebrantamiento, y moleſtias que eſtos Religioſos padecen por los actos turbatiuos de ſu poſſeſsion, que dieron cauſa a que eſte pleyto ſe intentaſſe, l. ſané ſi maris. 14. ff. de iniurijs, l. 4. titu. 26. lib. 8. cōpil. Otalora, de nobilitat. 3. par. tertiæ princ. c. 2. n. 13.

Segunda Parte.

8 EN Eſta ſegunda parte emos de ſatisfazer a los fundamentos, conque parece, que los Abogados contrarios en ſus alegaciones pretenden excluyr el derecho que pertenece al Monaſterio, para hazer los aprouechamientos ſobre que ſe litiga por derecho, coſtumbre, y dicha executoria, y para mayor, y mas clara ſatisfaciō emos de diſcurrir en particular por cada vno de los dichos fundamentos, y excepciones.

PRIMA EXCEPTIO.

9 ¶ Eſta primera excepcion conſiſte en negar la ciudad al Monaſterio la vezindad, por dezir, que aunque eſté ſito y fundado intra territorium ipſius ciuitatis, eſtos Religioſos no ſuſtentan ninguna carga ciuil, y ſon exemptos de pechos y derechos: a que ſe ſatisfaze cō lo que queda fundado ſupra nu. 4. & 5. videlicét, quod quamuis non ſubſtineant onera temporalia, ſufficiat ſubſtinere ſpiritualia, & orationes, & vigilias: y el dar tantas limoſnas, y ſocorros como han dado a pobres, Monaſterios, y compañias de ſoldados, que paſſan por aquella tierra, y a los preſidios circunuezinos, que ſon cargas de mas conſideracion, y peſo, que las que ſufren y ſuſtentan los demas vezinos ſeculares, demas que tā poco ſe han eſcuſado de las ſiſas, y repartimientos que ſe han hecho y hazen cada dia para los reparos y fuertes de las coſtas deſta Andaluzia, como es notorio por

todas las quales razones se reputan por vezinos las personas Ecclesiasticas, y Monasterios, y de los mas principales de la ciudad.

SECVNDA EXCEPTIO.

10 ¶ Esta segunda excepcion y fundamento de la ciudad consiste en negar la possession al Monasterio de auer gozado de las bellotas de las enzinas con su ganado de cerda sin limitacion ninguna, y lo apoyan cõ los articulos y prouanças que han hecho, y conque si se le huuiera repartido tronco al Conuento continuamente se hallaran mas de los dos repartimientos que se han presentado por el Monasterio, que se les hizierõ por los Diputados los años passados de 597. y 99. los quales por auerse hecho por los Diputados tan solamẽte no pueden prejudicarle a la ciudad: sed hæc exceptio etiam excluditur ex sequentibus. Lo primero, porq̃ aunque la ciudad en la 4. preg. de la informacion sumaria, y en la 5. del plenario articuló, y pretendio prouar, que en conformidad, vso, y obseruancia de la concordia, de qua inferius à num. el Monasterio no auia aprouechadose de los dichos terminos, ni gozado la dicha bellota como los demas vezinos, sino limitadamẽte con treinta cabeças de ganado de cerda, esto no lo dizen, ni prueuan los testigos. Lo segũdo, porque mas de 50. testigos de entrambas las prouanças del Monasterio en la 3. preg. de la sumaria, y en la 3. y 4. del plenario concluyen la inmemorial de auer visto al Monario gozar de los terminos de la dicha ciudad, y de la bellota de las enzinas con todos sus ganados sin limitacion ninguna, que es prouança, que como queda fundado supra in 1. parte, num. 6. no solo prueua possessiõ, sed ius retro temporibus acquisitum. Lo tercero, por que los testigos de las prouanças de la ciudad, y del Monasterio son vezinos de la dicha ciudad, y consiguiẽtemente interessados en los pastos, y aprouechamiento de la bellota de sus terminos, y de que el Monasterio no obtenga se les siguiria mucha vtilidad, porque dexando de gozarla vno de los vezinos de mayor caudal, y numero de ganado, viene a ser mayor el aprouechamiento de los demas, y assi quando los testigos de

las

las prouanças de la ciudad depusieran alguna cosa cõtra el Monasterio, y possession, nullius ponderis, nec momenti essent, porque en los pleytos de aprouechamientos, y pastos comunes, incolis, & ciuibus nulla fides adhibetur, Angel. in l. omnibus, num. 2. vers. *Vt respicit singulos*, C. de testibus, vbi Castrensis, nu. 2. Felin. in cap. insuper post numerum 5. de testibus, vbi etiam Decius, Farinac. quæst. 60. numer. 501. D. Couarrub. practicar. cap. 18. nume. 4. y por el contrario auiendo depuesto en fauor del Monasterio todos los vezinos q̃ se han presentado por su parte, se les deue dar mayor credito, pues es gran fuerça de la verdad la que obliga a que los testigos digan contra si, y en su perjuyzio. Lo quarto, porque las prouanças del Monasterio se ayudan, y corrouoran mas con dos cosas. La vna con que los testigos de la ciudad quando dixeran alguna cosa, depusieran de negatiuas, y los testigos del Monasterio todos deponen de afirmatiua, & sic magis credendum esset, a aquestos que no a aquellos, l. diem proferre, §. si plures, vbi gloss. verbo, *consenserunt*, ff. de arbitr. Bald. in l. actor, nume. 11. C. de probation. Mascard. de probation. lib. 1. conclus. 70. numer. 1. cum seqq. & lib. 3. conclus. 1374. numer. 6. La otra es, que despues que se començò este pleyto se juntaron los Ventiquatros, y Iurados, Cabildo diuersas vezes para conferir sobre si se conuendria seguirse pleyto, y en vno de los dichos Cabildos huuo tantos votos, que fuerõ de parecer que esse pleyto era injusto, y que no se deuia seguir, como de lo contrario, y en otro huuo tambien muchos votos en la misma conformidad, como parece de todos testimonios de dos Cabildos que se han presentado por el Monasterio.

11. §. Lo quinto, porque con todo lo dicho concurrẽ los dos repartimientos que se le hizieron al Monasterio de tronco de encinas para todo el ganado de cerda que tenia los años passados de 597. y 99. como a los demas vezinos, y mas caudalosos que entonces auia en la dicha ciudad, con que viene a prouar el Monasterio el gozo de la dicha bellota, por todos los tiempos, y caminos que lo han tenido los demas vezinos, sin que obste el que no aya presentado el Conuento mas de los dos repartimientos referidos. Tum, porq̃ tampoco prueua

la ciu-

la ciudad auerse hecho otros repartimientos, en que el Monasterio no se halle repartido, como los demas vezinos. Tum, porque no bastara auerlos mostrado, sino se prouara q̃ auiendolo pedido el Monasterio se le auia denegado, y el aquietadose a la dicha denegacion, ex glossa in l. qui luminibus, ff. de seruit. vrbanor. prædiorum, Abbas, Butrius, & alij, in cap. significante, de appellation. Cœpola, in tract. de seruitut. tit. de furno, n. 2. Antonius Thesaurus, decis. 16. Stephan. Gratian. disceptation. forens. cap. 89. num. 19. Tum, porque la denegacion de los años passados de 605. en adelante, no constituyò a la ciudad en contraria possession, ni priuó de la suya al Monasterio, porque aquellos autos dieron causa a este pleyto, Iason, in l. clam. possidere, §. qui ad nundinas, ff. de acquirend. posses. vbi Paulus de Castro, num. 4. Rota in vna paduana, apud Iacobum Puteum, decis. 409. aliàs 419. Farinac. decis. 16. num. 2. & 869. nume. 1. in prima impressione, & apud eundem in nouissi. decis. 557. num. 1. & 2. tom. 1. Tum denique, porque la verdad es, que el Conuento no siempre ha tenido ganado de cerda, sino en algunos años, y tambien es cierto que no siempre se ha repartido la bellota de los terminos de la dicha ciudad por troncos, porque muchos años no ha auido bellota, otros se han vendido las dehesas con facultad Real, y las vezes que ha auido bellota, y se ha desacotado para los vezinos la ha gozado el Monasterio, sin limitacion, y que las vezes que se han hecho los dichos repartimientos por tronco, y el Monasterio se ha hallado con ganado de cerda, se le han hecho los dichos repartimientos, como consta de los dichos testimonios: mediante los quales, y aunque fuera vno solo huuiera conseruado su possession el Cõuento, cap. quærellam de elect. cap. cum Ecclesia sutrina de causa posses. & propriet. & ex his, quæ tradit Ioann. Garcia, de nobilitat. gloss. 12. per totam, imò, que aunque hasta oy no se hallara el Monasterio con ningun repartimiento, como no se le huuiera denegado, auiendolo pedido pudiera oy hazer todos los dichos aprouechamientos, y pedir se le hiziessen los repartimientos de troncos, como a los demas vezinos, sin que le pudiesse obstar el no vso, quia huiusmodi actus qui consistunt in mera facultate nullatenus amitun-

tur

tur per non vsum, vtcunque longerius sit, ita Cinus, & Baldus, in l. 1. C. de seruit. & aqua, Bart. in l. quominus, num. 17. ff. de fluminibus, Fontanella, de pactis nupt. claus. 4. gloss. 17. per totam, D. Couarrub. in regul. possessor. 2. part. §. 4. no. 6. Antonius Thesaurus, decis. 16. per totam, Stephan. Gratian. disceptation. forens. dicto cap. 89. per totum.

12 ¶ Finalmente no es de consideracion dezir que los dichos dos repartimientos no se hizieron por la ciudad, ni Cabildo, sino por los diputados, que por ser afectos al dicho Monasterio, y Monjes los hizieron sin poderlo hazer, porque en ninguna manera cõsta desta afeccion, ni amistad, y para hazer los dichos repartimientos tuuieron comision, y poder particular los diputados, y en virtud del repartieron los troncos de encinas de las dehesas, montes, y valdios de la dicha ciudad, entre todos los vezinos, y el dicho Monasterio como vno dellos, y asi es lo mismo que si los dichos repartimientos se huuieran hecho por todo el Cabildo, y Ayuntamiento pleno, per text. in l. 5. tit. 15. partit. 2. ibi: *Primeramente ayuntado todo el Concejo a pregon ferido, y despues dando omes señalados que fagan por todos los otros*: & ibi Gregor. notat verbo, *pregon*, y con Auiles, y otros, Bobadilla, in sua politica, lib. 3. cap. 7. n. 30. De suerte que no se puede dudar de que el Monasterio tenga prouada la possesion de los aprouechamientos, sobre que se litiga, y de auer gozado de la Bellota con su ganado de cerda, sin limitacion ninguna, como los demas vezinos.

TERTIA EXCEPTIO.

13 ¶ Hallandose conuencidos los Abogados de la Ciudad con las prouanças tan grandes que el Conuento tiene de la possesion inmemorial, dan a entender en sus peticiones q̃ en el caso deste pleyto no puede auerla, ni estar prouada; porque la inmemorial dize cosa que excede la memoria de los hombres, & de cuius origine non constat ex vulgari textu in l. iam hoc iure, §. ductus aquæ, ff. de aqua quotid. & æstiua, y constando como consta de principio por la transacion del año passado de 533. y 35. poco mas de 90. años, immemorialis

rialis describitur, l. 2. §. ductus aquæ, illo titulo de aqua quotidiana, & æstiua, & ex Innocent. & alijs, quos refert D. Molin. de primogen. lib. 2. cap. 6. nume. 61. sed hæc exceptio leuior cæteris est, & facilimo negocio diluitur, aduirtiendo que el Monasterio no funda su derecho, ni el principio de su possessión en la escritura de transacion, de que la ciudad se vale, sino en el de ser vezino, y morador de la dicha ciudad, y sus terminos, y en auer gozado de todos sus aprouechamientos, y de las bellotas de las encinas de los dichos terminos, sin limitacion, como lo han hecho los demas vezinos de la dicha ciudad, y deste vso, aprouechamiento, y possession no ay initio, ni memoria de hombres en cõtrario, y quando la dicha escritura de transacion fuera cierta, y se huuiera otorgado, y huuiera tenido existencia, y valor (que no lo tuuo, potius fuit nulla, vt ex infra dicẽdis à num.   apparebit,) no se interrumpio por ella la possession antigua, en que el Monasterio estaua, iure incolatus, y por la executoria del interin, porque para que se interrumpiera, era necessario que el Monasterio dexara de posseer, mediante los dichos titulos, y mudar la causa de la dicha su possession por la escritura de transacion, y concordia, quæ interruptio, & mutatio possessionis, no se presume, porque aunque quis possit sibi mutare causam possessionis, l. non solum, §. quod vulgo, ff. de vsucapion. l. 3. §. illud, ff. de acquir. possess. l. cum nemo, C. eodem titulo, es necessario demas del titulo, y causa nueua animos de mudar la causa de la possession, y que este animo se explique cõ palabras expressas, o hecho tan preciso que lo de a entender assi, aliàs, no basta auer sobreuenido titulo nueuo, ni tampoco auer tenido animo de mudar la possessiõ, nisi extrinsecus ostendatur, cum nemo præsumatur in dubio causam possessionis sibi mutare, l. qua ratione, §. interdum, ff. de acquiren. rerum dominio, vbi DD. potius præsumitur possessionem continuari ex eadẽ causa, & titulo preambulo, l. 1. §. 1. de exceptione rei iudicatæ, l. quædam mulier, ff. de reiuendicat. l. 2. C. de adquirend. posses. Baldus, in l. cum nemo, C. eodem titul. Socin. senior, cons. 131. volum. 1. num. 7. ibi: *Sed hic est aduertendum, quod licet causa extrinseca accedente iusta possit sibi quis mutare causam possessionis, imo videtur sibi renoua-*

re nouam causam possidendi legis ministerio, absque alio facto hominis hoc verum dummodo animo constituerit se velle ex noua causa possidere, d. l. qua ratione, §. interdum, l. 3. §. si rem, in fine, de acquirend. possession. de quo animo constare debet sicut dicimus, quod sola animi destinatione eficitur hæres, l. si auia, C. de iure deliberandi, Philip. Decius, cons. 232. num. 2. & cons. 400. Rolandus à Valle, cons. 77. vol. 1. à num. 27. Petrus Surdus, cons. 260. num. 23. & 24. ibi: *Et licet superueniente noua causa liceat possessionis titulum mutare tamen præcedere debet declaratio aliàs mutari non potest.* Barbosa, in l. si alienam 12. numer. 117. soluto matrimonio.

14 ¶ Estos requisitos no los ha prouado la ciudad cõ testigos, porque los testigos no pueden alcançar a hecho tan antiguo, ni tampoco se prueuan por el instrumento de la dicha transacion, neque ex eo quod fuerit transactum probatur possessio, quia per instrumenta locationis venditionis, aut transactionis etiam antiquissimi non probatur possessio, cap. inter dilectos, in fine, de fide instrumentorum, Baldus, in l. quæ iã mulier 76. numer. 1. ff. de reiuendicat. Mascard. de probationib. conclus. 1190. maximè, numer. 33. Puteus, decis. 444. lib. 2. Alexand. Ludouis. decis. 6. per totam, præmaxime, que todo cesse constando, como cõsta por las prouanças del Monasterio auer continuado su primera possession, hasta que se començò este pleyto, y no auerse vsado en todo, ni en parte la dicha transacion, y concordia.

15 ¶ Et ideo, aunque es cierto de derecho que el acto, y principio contrario a la possession inmemorial interrumpa la possession antigua, y impida la inmemorial siguiente, y futura, no siendo su principio de mas de cien años a esta parte, iuxta doctrinam Innocent. in cap. quid per nouale, de verbor. significat. D. Molin. lib. de primogen. cap. 6. num. 61. alterius Molinę de iustitia & iure, tom. tractat. 2. disput. 66. Oliuer. Beltram. in notis ad Alexand. Ludoui. decis. 51. litera D. nu. 6. & decis. 298. num. 13. & decis. 214. Sacri Palatij, p. 3. lib. 2. Auendañ. in l. 41. Tauri, gloss. 1. nume. 13. & 16. Ioann. Garc. in tractat. de expens. cap. 9. num. 34. vers. *Secus dicendum est*, esto se entiende si el dicho acto contrario a la dicha possession inmemorial fue valido, y

 efectuado,

efetuado, y se executò, y vsò del, aliàs, en ninguna manera, vt prædicti authores resoluunt Beroius, consf.115. lib.1. donde tocando el punto indiuidual, y resoluiendole en esta conformidad da la razon, ibi: *Item quoad requirendum a domino licentiam in venditionibus rerum concessarum pro hac licentia aliquid soluendum certè nũquam obseruata; nec recepta fuerunt moribus, quæ vtentium minimè approbata, ergo non merentur allegari, nec aliquid operantur.* Menchaca, lib.2. controu. illustrium, cap.81. num.16. omnino videndus.

Con lo qual viene a estar el Monasterio en los terminos de vna possession inmemorial, continuada hasta el tiempo presente, que ha obrado los efetos, de quibus supra, num. 6. & inferius à num.

QVARTA EXCEPTIO.

16 ¶ En esta quarta excepcion haze la ciudad el mayor apoyo de su defensa, y la funda en la escritura de transacion, y concordia, y aprouacion della, q̃ se otorgò el año passado de 535. y 537. de qua supra, en que ay dos capitulos tocantes, y concernientes a este punto: el vno es, que el Monasterio pueda traer en los valdios de la dicha ciudad 300. bacas de hierro, 1500. ouejas, y yeguas, y bueyes quantos quisieren, y que no pudiessen traer ganado de cerda, ni cabrio, y que si los trugessen pudiessen ser prendados, conforme a las ordenanças. Y el otro en que se dize, que se guarde el concierto q̃ queda referido, con que pudiessen los dichos Monjes traer mas treynta cabeças de ganado de cerda, y treynta cabras para el seruicio de la casa, y con esta transacion dizen los Abogados contrarios por sus peticiones, que el pleyto antiguo quedò fenecido, y la executoria del interim vulnerada, para no poder vsar della en via executiua, ni aun en ordinaria, quod poterit fundari in l. cum quæritur, §. si venditor, ff. de ædilitio ædicto, l. postquam liti, C. de pactis, gloss. in l. si diuersa, C. de transaction. Fontanella, de pactis nuptialibus, claus. 4. gloss. 10. part. 5. num. 218. folio mihi 141. dedonde infieren, que estando como està la dicha executoria vulnerada, imo extincta, por la dicha transacion, no puede tratar oy de sobrecartarse.

17 ¶ Sed

17 ¶ Sed quamuis prædicta exceptio videatur aliquod in iure habere fundamentum nullum nobis impedimentum prestat, porque la transació en que se funda la ciudad fue nulla, y de ningun valor, ni efeto. Lo primero, porque el Monasterio quando se otorgò estaua en possession quieta, y pacifica de hazer qualesquiera aprouechamientos en los terminos de la dicha ciudad, sin limitacion ninguna, como los demas vezinos, no solo por el derecho de vezindad, sino tambien por la executoria del interin, per textum in l. eleganter, §. 1. de condit. indebiti, l. post rem iudicatam, ff. de re iudicata, vbi DD. por los quales textos se prueua que sobre executoria, y cosa juzgada no puede auer transacion, & ratio est quia transactio suponit rem dubiam, & sententia transacta in rem iudicatam facit indubitabilem, Felin. in cap. Monasterium, num. 31. de de re iudicata, Angel. cons. 94. num. 6. Roman. cons. 504. Decius, cons. 39. num. 3. Beroius, cons. 187. numer. 48. & seqq. lib. 1.

18 ¶ Lo segundo, porque es de essencia de la transacion, quod sit super re dubia aliàs nullius momenti esse potest, l. 1. l. cum ij, §. si cum lis, ff. de transact. & DD. vbi proxime relati, & Craueta, cons. 153. nu. 9. Abbas, cons. 12. num. 5. lib. 2. Menochius, cons. 618. numer. 4. Y ninguna duda podia tener el negocio, en quanto a la materia de los capitulos que quedan referidos, tocantes al aprouechamieto de la bellota, pues como queda fundado, supra à num. 4. el Monasterio era verdaderamente vezino de la dicha ciudad, y como a tal vezino, sin ninguna duda, ni disputa le competia derecho para aprouecharse de la bellota de todos los terminos valdios con sus ganados de cerda, sin ninguna limitacion, como los demas vezinos, y assi en quanto a esto no huuo materia preexistente sobre que la dicha transacion cayesse, ni causa porque se le huuiesse de limitar al dicho Conuento el vso, y aprouechamiento de la dicha bellota a solas treynta cabeças de ganado de cerda para el gasto de la casa, pues el derecho que los vezinos tienen a estos aprouechamientos, no es restringido a poder hazerlos con solos los ganados que huuieren menester para el vso, y sustento de su casa, y familia, sino tambien con todos los ganados que tuuieren propios,

propios, aunque sean para grangerias, iuxta Doctores relatos, supra dicto num. 4. vt tradit Gregor. Lop. in l. 9. tit. 28. partit. 3. gloss. verbo: *tampoco a los pobres, como a los ricos*, Iosephus Sese, decis. 74. part. 1. per totam, maxime à num. 15. & copiosius, decis. 149. per totam, 2. part.

19 ¶ La tercera nulidad resulta del defeto de potestad que el dicho Monasterio tuuo para celebrar la dicha transacion, y del defeto de las solemnidades, que conforme a derecho deuieran interuenir, y no interuinieron, quod probatur nam cum regulare sit, quod super bonis alienari prohibitis transactio fieri non possit, l. prohibere, §. plane, ff. quod vi, aut clam, l. non solum, C. de prædijs minorum, cap. cum tempore de arbitris, gloss. in l. nulli, ff. de transaction. Pinelo, in l. 1. 3. par. num. 44. C. de bonis maternis, Gregor. Lop. in l. 24. tit. 4. partit. 3. verbo, *estonçe*, & aliquos refert Molina, de Hispanor. primogen. lib. 2. cap. 9. nume. 8. cum seqq. como el Monasterio no pudiera abdicar de si, ni enagenar el derecho sobre que se litiga por venta, ni por donacion, cap. 1. cap. nulli de rebus Ecclesijs non alienandis, & cap. 1. eodem titulo, lib. 6. extrauagans ambitiosæ, eodem titulo, Federicus de Senis, cons. 142. num. 3. vers. *Super primo*, Baldus, cons. 196. nu. 4. lib. 4. Decius, cons. 142. columa. 2. Parisius, cons. 24. col. 1. volum. 4. Tampoco pudo abdicar de si el derecho que tenia de hazer estos aprouechamientos, restringiẽdolo a solo el de treynta cabeças de ganado de cerda, quia qui alienare non posset, nec transigere cum species alienationis sit transactio, Federicus de Senis, cõs. 94. casus talis est, per totum, Roman. cons. 166. in principio, Alexand. cons. 129. num. 2. lib. 1. y para poderlo hazer auian de interuenir los requisitos, y cosas siguiẽtes. Prima licentia superioris, que de derecho comun en los Monasterios no exemptos se entendia el Obispo, y en los exemptos por particulares priuilegios el de su General, o Prouincial, qui in eius locum subrogatur, vt eleganter resoluit Præpositus, & glossa per textum in cap. si qua de Ecclesijs non alienandis, Zauarel. cons. 39. in principio, Geminianus, cons. 32. nu. 5. vers. Isti autem prælati, Bald. cons. 496. nume. 3. lib. 5. Castrensis, cons. 437. lib. 1. La segunda, que en virtud de

la li-

la licencia deste superior se congregassen todos los cõuentuales con el Prelado a tratar de la vtilidad, y conueniencia de la transacion, y enagenacion, con mucha deliberacion, y en diferentes tiempos Speculator, titulo de locato, in §. sequitur, & vers. *Et scias*, Bart. in l. 1. ff. de aluo in scribendo, Fulgosius, cons. 230. incipit in quæstione versente, num. 4. Ancharran. cons. 301. n. 3. debet etiam interuenire necessitas, aut euidẽs vtilitas, vt huiusmodi alienationis, seu transactiones substineãtur, vt probant iura & DD. in hoc numero relati, Farinac. decis. 34. num. 5. & 6. & decis. 201. nu. 3. & decis. 624. num. 3. & 4. tom. 1. nouissim. y que todas las solẽnidades sobredichas, y otras sean necessarias para semejantes actos lo prueuan, idem Farinac. decis. 577. numer. 2. eodem 1. tom. nouissimarũ, & magis in specie, refiriendo los propios motus de los Romanos Pontifices, que prohiben semejantes contratos de enagenaciones, y transaciones a los Monasterios, no interuiniẽdo todos los dichos requisitos, Pater Fray Manuel Rodriguez, 1. tom. quæst. regularium, quæst. 27. 1. & 2. articulo, hasta el 13. porque en todos ellos trata lata, y eruditamente la materia.

20 ¶. Quæ omnia deficiunt in prædicta trãsactione, de qua nobis sermo est, porque para su otorgamiento no precedio licencia del Padre General desta Religiõ, ni de otro superior que la pudiesse dar, ni se hizierõ los tratados que se requieren, y es costumbre hazer para estos contratos, y enagenaciones, ni huuo causa de necessidad, ni vtilidad, causa de necessidad, euidens est, y que no fuesse vtil al Monasterio la dicha transacion, negari non potest, pues perteneciendole al Conuento el derecho de pastar con todo genero de ganados, sin limitacion, como a los demas vezinos, por derecho, y por la executoria del interin se priuarõ deste derecho, y lo coartaron, y restringieron a numero limitado de ganado, y en particular a treynta cabeças de ganado de cerda, cosa tan prejudicial, y nociua para el Monasterio, si se huuiesse de obseruar, pues siendo como es la mayor, y mas gruessa hazienda del Monasterio la de los ganados, tendrian necessidad de sacarlos fuera de los terminos a apacentarlos, arrendando dehesas de pasto, y bellota, a costa de grande suma de marauedis:

y reconociendo la Ciudad el defeto de potestad, que tambien por su parte auia para otorgar la dicha transacion, per text. in l. fin. C. de venden. reb. ciui. lib. 11. l. 1. y 11. tit. 7. lib. 7. recopil. & ex his quæ per prædicta iura tradunt Alexand. cons. 1. num. 11. volum. 4. Paulus de Montepico, cons. 44. nu. 3. & 4. Gutierrez, practic. quæst. quæst. 60. lib. 4. D. Castillo, de vsufruct. lib. 1. cons. 54. à num. 28. fue pacto, y condicion de la dicha transacion, que se auia de traer confirmacion del Principe, que hasta aora no se ha traydo, ex quo non minor nullitas resultat ex dictis legibus, & authoribus supra relatis, & ex l. contractos, C. de fide instrumentorum.

21 ¶ Quibus non obstabit, si se replicare lo vno que para las enagenaciones, y trãsaciones de bienes, y derechos de Monasterios, no es necessaria la autoridad, y licencia de los Prouinciales, y Generales de su Orden, porque basta que interuenga la del Prelado, y Religiosos, capitulariter per text. in capit. fin. de pactis, lib. 6. lo qual interuino, y mas la aprouacion de los Padres visitadores desta Prouincia, que entonces andauan visitãdola, y que por el transcurso de tanto tiempo se presume auer interuenido todas las dichas solemnidades, per vulgata iuris principia, y que a mayor abundamiẽto, no solo huuo vna transacion, y concordia, sino dos, y que la segunda del año de 537. fue ratificació de la primera, sed his & alijs non obstantibus, tenemos por llana, y euidente la nulidad de la dicha transacion, quia omnibus respondetur primo, que la decision del texto in d. cap. fin. que es de Bonifacio Octauo, està corregida, y derogada por Sixto Quarto, que reualidò los propios motos de Alexandro Quarto, y de Honorio Quarto, que requerian para estos pactos, y transaciones de los Monasterios las solemnidades referidas, supra in numero præcedenti, vt refert Manuel Rodriguez, tomo 1. quæst. regul. quæst. 17. artic. 3. & antea dixerat quest. 8. per totam, donde refiere a la letra todas las Bullas, y motus propios de los dichos Põtifices a la letra, vbi videndi sunt.

22 ¶ Lo segundo, que aunque se haze relacion en la dicha escritura, que aquellos dos Padres Visitadores la aprouaron estos Padres, como es notorio, por razon de su oficio, solo podian traer comission para corregir

costum-

costumbres, y castigar excessos, y no para autoriçar los contratos, y enagenaciones, vt videri potest apud Pontificem, in cap. in singulis 7. iuncta glos. verbo, vice nostra de statu Monacorum, l. 29. tit. 4. partit. 3. Alderet. de Religiosa disciplina tuenda, lib. 1. cap. 3. à num. 30. Bobadilla, lib. 2. Politicæ, cap. 21. numer. 67. Y assi la confirmacion que hizieron fue fuera de la comission, y poder que tenian por derecho, y no pudo obrar nada, quia limitata causa limitatos producit efectus, l. in agris de acquir. rerum domino, quod magis procedit ex eo quod, las bulas, y propios motus que refiere Manuel Rodriguez, in locis vbi proxime relatis, concedē facultad para autoriçar estas enagenaciones a los Generales de las Religiones, o a sus Prouinciales, que tienen su poder, con que es visto denegarla, o no concederla a todos los demas Prelados, l. cum Prætor, cum similibus, de iudicijs, y supuesto esto se deuiera auer mostrado la comission, y poder que los dichos Padres Visitadores tenian de su General, porque no mostrandose, no se puede, ni deue presumir, ex Bald. in l. 2. C. si ex falsis instrumentis, Iason, in l. sciendum, num. 19. ff. de verbor. obliga. & Bald. secuti sunt, Alexand. Socin. senior, Afflictis, quos retulit Crauet. cons. 317. Felinus in cap. sicut, nu. 31. in fine, de re iudicata, & cum alijs, Menoch. cons. 1. à num. 79.

23 ¶ Lo tercero, porque aunque por el año de 537. boluio el dicho Monasterio a ratificar la transacion, y concordia del año de 35. antecediente en esta ratificacion, se hallā los mismos defetos que en la primera escritura, y assi se quedò el negocio en los mismos terminos de nulidad, porque en la ratificacion de vn acto se requiere la misma solemnidad que en el acto ratificado, l. nuptiæ, la segunda, ff. de ritu nuptiarum, l. sicut proponis, C. de nuptijs, Baldus, cons. 44. numo. 4. lib. 2. Angelus, cons. 302. num. 2. Romanus, cons. 12. num. 6. Decius, cons. 532. in princip. Gabriel, cons. 154. n. 30. lib. Rolandus à Valle, cons. 63. num. 51. lib. 4.

24 ¶ Lo quarto, porque es tanto grado verdad que estos contratos hechos por semejantes capitulos, y vniuersidades son nulos, ex defectu harum solemnitatū, y de cada qual dellas de por si, que aunque huuiera sido celebrado, in euidentem vtilitatem ipsius Monasterij,

en ninguna manera se sustentara, contra eius voluntatem ex expresso textu in cap. sine exceptione 12. q. 2. & in l. finali, C. de vendendis rebus ciuitat. lib. 11. ex quibus iuribus, & alijs post Bart. Albericum, & alios plures ex antiquioribus docent, Sarmiento, in tractat. de redditibus Eccesias, 1. part. cap. 2. per totum, Pinellus, in l. 1. C. de bonis maternis, 3. part. num. 31. ad fin. Borninus Caualcanus, decis. 46. nu. 59. Simon de Præstis, cons. 38. numer. 10. Hieronymus Gabriel, cons. 36. num. 28. D. Castillo, de vsufructu, cap. 54. num. 12. Gutierrez, de tutelis, 2. part. cap. 5. nu. 33. Zeuallos, lib. 2. commun. quęst. 665. nu. 13. quanto mas auiendo sido la dicha concordia en tan notable, y euidente daño, y perjuyzio para el dicho Conuēto, por las razones que quedan ponderadas supra num. 29.

25 ¶ Lo quinto, porque constando, como por el dicho instrumento de la dicha concordia, y transacion, consta el defeto de todas las dichas solemnidades, no se presume auer interuenido, ex Bart. in l. sciendum, ff. de verbor. obligatio. Alexand. cons. 17. viso in atrum, col. 3. volum. 4. & post plures alios, Menoch. de pręsumption. præsumpt. 132. à num. 28. cum seqq. y Fray Manuel Rodriguez alios allegans, dicto 1. tom. quæstionum regularium, quæst. 27. art. 2. vers. *Aduertendum*, no obstante que aya passado largo discurso de tiempo, y para la resolucion desto, videndus est Menochius, d. præsumpt. 132. donde resuelue toda la materia de este punto, con distincion de cinco casos, en que comprehende todas las distinciones de los demas Doctores, y no referimos los tres casos primeros, porque no hazē al proposito, y el quarto es à num. 55. & seqq. vsque ad 60. quando solemnitas extrinseca non fuit enunciata, & adest solus cursus tēporis, sine possessione, vel quasi, & agitur de magno præiudicio inter ipsos contrahentes, vel eius sucessores, y este es el caso indiuidual deste pleyto, porque en la escritura de la dicha transaciō, y concordia, en q̄ se funda la Ciudad, no se hallan enūciadas las solemnidades extrinsecas de los tres tratados en tres diferentes capitulos, ni la licencia del General desta Religion, facultad Real de parte de la Ciudad, requisitos todos que debierā de interuenir, vt probatum est supra numer. 19. & 20. y la importancia del

dicho

dicho pleyto, ya se vee, y la possession està de parte del Monasterio, porque jamas se ha vsado, ni guardado la dicha concordia, vt probatum extat supra numer. 10. y aunque se quiere dar a entender por los Abogados contrarios en sus peticiones, que en la dicha escritura se enuncia auer interuenido la licencia, y consentimiẽto de la gran Cartuja, y que la dicha transacion se ha vsado, y guardado, pues el Monasterio la ha presentado en diferentes pleytos, se engañan, porque en toda la escritura de transacion no se haze mencion de que huuiesse interuenido tal licencia, ni aprouacion, porque las palabras de que lo quieren colegir, que estan en la pieça 2. de los autos, folio 18. ibi: *Con que en todo lo en esta escritura fuere fecho, y otorgado, fue consultado, y acordado.* No se refieren a la gran Cartuja, madre desta sagrada Religion, sino a los dos Padres Visitadores, vt patet ex eius verbis, ibi: *Y con acuerdo, y licencia, e consentimiento de nuestros muy reuerẽdos Padres Fray Mateo, Prior de Benecia, y Fray Pedro Pardo, Prior de Cartuja, Visitadores desta Prouincia, y de nuestra Orden, proueydos por nuestra madre y señora la gran Cartuja, con que en todo lo en esta escritura fuere fecho, y otorgado, fue consultado, y acordado.* Y assi no se dize que fue consultado con la gran Cartuja, sino que fue consultado con los dichos Padres Visitadores, proueydos por la gran Cartuja. Y tampoco es cierto que el dicho Monasterio hiziesse presentacion de la dicha escritura de transacion, ni que despues de presentada la pidiessen por titulo original, porque no consta que quien la presentó, y pidio tuuiesse poder del dicho Monasterio, ni este se presume, como queda fundado, supra num. 22. & nunc adimus elegantem decisionem Putei 268. num. 4. & decis. 298. numer. 1. lib. 3. y lo que se puede presumir es, que la dicha transacion se presentò por parte de la ciudad para valerse de la dicha presentacion, y dar color al vso, y obseruancia de la dicha transacion, porque respeto del pleyto, en que se hizo presentacion della, que era sobre tierras, ni hazia, ni deshazia, y era totalmente impertinente, y en perjuyzio suyo el presentarla, y para que se entendiera que se auia presentado con consentimiento, y ordẽ del dicho Monasterio, y pedidose el original, era necessario que se prouara la presencia del mismo Monasterio,

 o del

o del Religioso que tuuiesse sus vezes, y que era en euidente vtilidad suya, Oldraldus, cons. 133. & cum alijs Farinac. decis. 519. per totam, 1. tom. nouissim. Guidon Papa, decis. 84. de suerte que la ciudad para prouar las solemnidades de su contrato, solamente estriua en el transcurso del tiempo, destituydo de possession por su parte, y sin enunciacion de las solemnidades, y sin otro adminiculo alguno de los que pudieran ayudarle.

26 ¶ Y Menochio, in loco citato, refiere diuersas opiniones, en quanto al tiempo que es menester, para que estas solemnidades extrinsecas se presuman de vnos, q̃ bastan diez años de otros que son necessarios 30. y de otros, que es necessario el tiẽpo antiquissimo de 100. pero todos los Doctores destas opiniones diuersas, cõuienen en que ora se enunciẽ las solemnidades en vna escritura, ora no se enuncien es necessaria junta con el transcurso de tiempo la possession, y obseruancia del tal contrato, fundados en los textos de la materia, nẽpe in l. qui in aliena 6. §. sed si non adierit, ff. de acquir. hæredit. ibi: *Diu tamen possedit pater hæreditatem*, & in l. si filius familias, C. de petit. hæredit. ibi: *Per longum tempus detinuit*, text. etiam elegans in capit. peruenit 4. de emptione, & vendit. ibi: *Præfata vero ex eo nititur se tueri, quod 30. annis constante eorum matrimonio domum ipsam bona fide tituloque iusto possedit*, ex quo textu communiter omnes asserunt possessionem, vel aliud æquale adminiculum vna cum temporis cursu necessario debere concurrere ad causandam huiusmodi præsumptionẽ, non autem solam temporis diuturnitatem sufficere, vt ex DD. à Menoch. relatis videri potest, & tradit Abb. in cap. Albericus, num. 6. vers. *Item sola solemnitas extrinseca*, de testibus, Petrus Kilquenius, de præsumpt. 2. p. membro 1. cap. 6. num. 8.

27 ¶ Y siendo nula, como lo fue la dicha transacion, y contrato, por tantos defetos como quedan aduertidos, & ipso iure, no pudo obrar extincion de la dicha executoria de interin, ni otro efeto alguno, l. non dubium, C. de legibus, ibi: *Nullum enim pactum, nullam conuentionem nullam contractum inter eos videri volumus subsecutum qui contrahunt lege contrahere prohibente*, ex quo text. & alijs latissime tradit Farinac. in fragmentis, verbo, *lex*, num. 169. & num. 203. Bursatus, cons. 82. num. 22.

ibi:

ibi: *Hinc sequitur, quod ex dicto contractu nullo, neque ipsius causa aliquid secutum fuit, neque in emptorem traslatum dominium, Alexand. cons. 81. num. 11. volum. 3. & consequenter in bonis venditoris adhuc feudum remansit, non autē alienatum censetur, &c.* Et tradunt communiter DD. in l. 4. §. condemnatum, ff. de re iudicata, adonde resueluen, quod sententia nulla non est sententia, neque executio ni mandari potest.

28 ¶ Y el mismo efeto resulta de no auerse vsado la dicha transacion, quando en su principio huuiera podido tener alguna subsistencia, porq por el no vso della, y por la possession contraria en que ha estado el dicho Monasterio en continuacion de su primera, y antigua possession estuuiera extinta, y acabada la dicha transacion, y el Monasterio restituydo en su antigua libertad, y derecho, para cuyo efeto bastaua el tiempo ordinario, sin otro titulo, y sin que huuiera sido necessaria la ciencia, y paciencia que ha tenido la dicha ciudad, iuxta textum in l. sequitur 4. §. si viam de vsucapionibus, vbi elegante DD. & mirabiliter Paulus Castrensis, Bald. in l. fin. column. fin. C. de præscript. longi temp. Franciscus Balb. de præscript. 4. part. vers. *Tertio quæro*, cum duobus sequentibus, folio mihi in paruis 303. vsque ad 307. D. Couarrub. in regula possessor, 2. part. in princip. num. 8. vers. Secundus textus, Fachineus, lib. 8. controuersiar. cap. 20. Farinac. decis. 533. num. 3. to. 1. nouis. Beltrami. in additio. ad Ludouisium, decis. 249. num. 7. & num. 9. & sunt iura expressa, l. sicut, l. omnes, C. de præscript. 30. vel 40. annor. l. 63. de Toro; y lo resuelue elegantemente en terminos Pedro Kilquenio de præscript. 2. part. membro 1. cap. 6. num. 8. & seqq. vsque ad finem, y entre otros fundamentos el mas fuerte, y perentorio es, que auiendo passado 30. años de simple transcurso de tiempo, sin possession, vso, ni obseruancia de vn contrato, nullatenus, se puede valer, ni fundar en el, verba Kilquenij sub numer. 21. hæc sunt: *Et enim si intra fines versentis trienij, qui nunc agit nulla possessione, vel quasi subnixus fuerit, quo iure actione iam extincta ex l. sicut, l. omnes, C. de præscript. 30. vel 40. annor. voluntati nunc intempestiue experiuntis obtemperabimus, &c.*

QVINTA

29 ¶ Reconociendo la Ciudad, y sus Abogados el defeto grande de la dicha transacion, y la nulidad tan notoria que manifiesta por el mismo instrumento, poterunt forte opponeri, que no sea pedido por el Conuẽto rescision de la dicha transacion, ni se pudiera tratar en este juyzio de su rescision en juyzio aparte: lo vno, porque el juyzio rescindente, y recissorio, no pueden determinarse juntos, particularmente quãdo el rescindente es juyzio executiuo, y sumario, como lo es este sobre que se litiga, quæ exceptio cæteris facilius diluitur.

30 ¶ Lo primero, teniendo como el Monasterio tiene fundado su derecho, iure communi, y por la dicha executoria del interin, quæ habet virtutem executiuã, l. post rem iudicatam, ff. de re iudicata cum similibus, l. 63. de Toro, y auiendo estado en vso, y obseruancia la dicha executoria, hasta el presente estado, y constãdo, como consta de los mismos autos la nulidad tan notoria de la dicha transacion, por los defetos de solemnidad, causa de vtilidad, y por la lesion tan conocida que el Monasterio recibiera por ella si se huuiera de obseruar, y que quando pudiera auer tenido alguna subsistẽcia en su principio, estuuiera extincta, y acabado por el no vso, y contrario vso es cierto: lo vno, que el derecho que el Monasterio tiene, y dicha executoria, se deue executar, no obstante que se aya opuesto de la dicha transacion; quia ius aut instrumentum executiuũ, seu actio quæ ex ea nascitur, no se puede, ni deue impedir por excepcion, ni instrumento, cuya nulidad resulta de los autos, o por prouança clara, y euidente, Alexand. & Ripa, in l. 4. §. condemnatum, ff. de re iudicata, Felician. de censibus, lib. 2. cap. 1. n. 34. Stephan. Gratian. disceptat. forens. cap. 1[?]8. numer. 46. & cum Mascardo, & alijs, tradit Giurba, decis. 100. numer. 8. eleganter Rodriguez, de annuis reditibus, lib. 1. quæst. 16. numer. 29. per totum, qui ait hoc indubitabile esse, quando res est integra, & instrumentum de cuius nullitate opponitur numquam fuerit executioni mandatũ, y no era necessario que constara con tanta euidẽcia de los defetos, y del no vso, y contrario vso de la dicha

transa-

transacion, como consta, suficiebat enim, que estuuiera algo dudoso de hecho, o de derecho, si la dicha transacion valio, o no, o si se ha vsado della, o no, & vt aiunt DD. eius ius esset intricatũ, seu ofuscatum, para que en ninguna manera pudiesse impedir la via executiua, q̃ compete al Conuento, para lo qual es elegante fundamento el que se saca de la l.3.§.ibidem, ff. ad exhibendum, suponiendo para su entendimiento que el accion ad exhibendum, y remedio de aquel titulo es executiuo, y sumario, como lo dize la dicha l.3. in fine principij, ibi: *Iudex igitur sumatim debet cognoscere*, lo qual supuesto, entra luego el §. ibidem, y dizen, que las cosas que han de discutirse en este juyzio, no han de ser obscuras, sino euidentes, y claras, dize luego la glossa, sobre la palabra obscurior, *obscurior*, estas palabras: *obscurior de iure, vel de facto, & ideo prolixior*, y luego dize el texto, ibi: *Si vero obscurior, vel quæ habet altiorem quæstionem differendam indirectum iudicium re exhiberi iussa.* De suerte que el texto iuncta glossa, resueluen, que quando el juyzio, y accion es executiua, y la excepcion cõ que se pretende impedir algo dudosa en el hecho, y en el derecho el accion se deue executar, difiriẽdo la excepcion para otro juyzio; lo mismo resueluen Andreas Gail, lib.1. obseruationum, obseruat.113. nume.11. Ludouicus Romanus, consi.76. nume.3. Giurba, decis.69. num.18. Scaccia, de appellat. quæst. limitatio.9. num. 52. & 55.

31 ¶ Et quod magis est, que concurriendo el Monasterio con la asistencia del derecho, con que funda su intencion, y con la executoria del interin, que se despachò en su fauor el año passado de 533. vsada, y guardada hasta el estado presente, y la Ciudad con su transacion, que no ha sido vsada, ni guardada, aunque no tuuiera en su rayz los defetos de nulidad tã notorios que quedan aduertidos, no podia competir con el Monasterio, ni en virtud della impedir la execucion de la dicha executoria, ni el exercicio de la possesion en que ha estado el Conuento en virtud della, ex eleganti doctrina Zucardi, in l. finali, C. de ædicto Diui Adriani tolendo, num.391. Peregrin. de fideicommiss. art.48. numer.23. 24. & 40. Stephan. Gratian. disceptat. forens.

cap.755.nu.39. ibi: *Maximè quia habens parem titulum facit cessare immissionem, ita vt sit ordinarie cognoscendum de iuribus contradictoris*. Et vlterius, ibi: *Vnde multo magis hoc erit dicendum in casu nostro, quia vltra dictum titulũ adest etiam possessio contradictoris, qui legitime detinet, ita vt ex hoc duplici iure tamquam potentiore faciat suspendere licẽtiam de ingrediendo, seu iussum de immitendo donec se cũ discutitur de iuribus suis.*

32 ¶ Neque obstabit, para impedir la dicha execucion dezir, que auiendo el Monasterio presentado la carta executoria ante la justicia ordinaria de la dicha Ciudad, y pedido su cumplimiento, el Iuez le denegò, y el dicho auto passò en cosa juzgado; & sic, con el dicho auto quedò vulnerada la via executiua, ex Iasone, in l.eleganter 24.de pignorat.actione, num.2. & in l.si profundo, C.de transact. Hieronym. Gonçal. in regul. Cancellariæ, gloss.6.num.22. Quia respondetur, que el Monasterio nunca aquietò, ni consintio en el despojo que podia produzir el dicho acto, por impedirle el vso de su executoria, pues acudio luego a la Chancilleria, y se querellò de la dicha Iusticia, y Regimiento, y pidio sobrecarta de la dicha su executoria; con lo qual conseruò su derecho, y possession, ex Iasone, in l. clam possidere, §.qui ad nundinas, num.35.ff.de acquirend. possession. vbi Paul. de Cast. num.4. ibi: *Circa vltimam partem quæro quid si reuersus non vult ire ad fundum, sed incipit agere vti possidetis, quod non datur nisi possessori, & per hoc supra de noui operis nuntiat*, l.de pupillo, §.meminisse, vbi qui vadit ad iudicem, vt denuntiet possessionem nõ perdit, Otalora, de nobilitat. 3.part. cap.1. numer.8. Puteus, decis.409. aliàs 419. Thuscus, practicar. concl. 412.num.6. litera P. tom.6. y no ay diferencia en que lo aya intentado por via de querella, y no por via de apelacion, vtrunque enim remedium indebite grauato competit, vt concludunt omnes DD. proxime relati, gloss. in l.qui grauatos, C.de censibus, lib.11. Ioann. Garcia, de nobilitat. gloss.5.num.15.& 16.

33 ¶ Lo segundo, porque aunque el Monasterio al principio intentò executiuamente su derecho, pidiendo sobrecarta, se le mandò dar traslado a la Ciudad, y se le dio, y se ha recibido el negocio a prueua, y se han

hecho

hecho prouanças en plenario, y se ha conocido de los derechos, y excepciones de las partes plenariamente, y assi no solo se queda el negocio en terminos de executiuo, y sumario, sino en los de ordinario, y plenario, quia tunc plenè, & ordinarie cognitum dicitur, quando probationes recipiuntur, & de exceptionibus, seu actionibus ordinarie cognoscitur Albericus, in l.3. §. causæ cognitio, in principio, ff. de carbonian. ædicto, Bart. in l. à Diuo Pio, §. si super rebus, ff. de re iudicata, Decius, plures allegans, cons. 96. nu. 2. vers. *Non obstat*, Vicentius de Franchis, decis. 286. n. 4. Stephan. Gratia. disceptat. forens. cap. 445. numer. 4. & 6. Hieronym. Gonçal. in regul. Cancellariæ, gloss. 6. num. 191. y siendo como es ordinario este juyzio, es conforme a derecho el auerse podido tratar en el del rescindente, y recissorio, quando huuiera sido necessario, y estando como el negocio està substanciado en todo, determinar sobre entrambas cosas, ad euitandos circuitus, & ambages, per glossam in l. necnoc, §. exemplo, ff. ex quibus causis maiores, ibi Bart. Imola, in Clementin. 1. de restit. in integrum, nume. 21. vers. *In hoc tamen, vltimo*, Guidon Papa, decis. 143. & com Speculator, Ferrara, & alijs, Sfortia, in tractat. de restitut. in integrum, 1. p. quest. 31. art. 4. per totum, & art. 5. nu. 37. & 38. vers. Ego putò, Ioachimus Misinger. singularium obseruationum, centur. 2. obseruat. 25. per totam, qui omnes resoluunt hanc esse veriorem opinionem in puncto iuris, & in praxi omnium tribunalium maxime superiorum.

34 ¶ Lo tercero que se responde a la dicha excepciō es, que aunque derechamente el Monasterio no ha pedido que la dicha escritura de transacion se rescinda, y declare por ninguna es cierto, que luego como se presentò por la Ciudad para impedir el despacho de la dicha sobrecarta, dixo de nulidad della, oponiendo todos los defetos que contuuo en su otorgamiento, y de que no auia sido vsada, ni guardada, y pidio que se hiziesse como tenia pedido, y mas conuiniesse a su derecho, y sobre todo, *pidio cumplimiento de justicia*, como parece de su peticion, que està en el rollo, folio 41. y la Ciudad por su peticion del rollo, folio 43. replicò a la

alega-

alegacion del Monasterio, diziendo, que la dicha escritura de transacion auia sido valida, y vsada, y guardada, y sobre todo se recibio el negocio a prueua, y se ha ydo sustanciando la causa, de manera que solo faltò el dezir expressamente el Monasterio, que se declarasse, y diesse por ninguna la dicha escritura de transaciõ, y le mandasse a la Ciudad no le impidiesse el vso de los aprouechamientos: supuesto lo qual no es el referido defeto, para que se dexe de determinar, no solo en la via executiua, que es sobre el despacharse la sobrecarta, sino tambien en la ordinaria, videlicet, para que sin embargo de la dicha escritura de transacion, y en caso necessario, declarandola por nula, o rescindiendola se mande a la Ciudad no impida el vso, y aprouechamiento al Monasterio, sobre que se litiga, como lo han hecho, y hazen, y pueden hazer los demas vezinos, sin ninguna limitacion. Lo vno, porque eo ipso, que la ciudad presentò la escritura de transacion, y el Monasterio replicò, que sin embargo della, por ser nula se auia de hazer, como tenia pedido, fue visto pedir tacita, y implicitamente que se declarasse por nula, y rescindiesse la dicha transacion, iuxta glossam elegãtem in cap. constitutus, verbo, iuxta datam de Religiosis domibus, vbi Antonius de Butrio, Hostiensis, in cap. cum ex literis, column. penult. in vers. *In contractibus autem*, de restitut. in integr. Rolandus à Valle, cons. 90. volumin. 2. num. 5. & cum alijs, Sfortia, dict. tractat. in integrum, quæst. 31. part. 1. art. 3. numer. 26. vers. *In contrarium concludunt*. Lo otro, porque esto procede mas sin duda, considerando que en el cuerpo de las dichas peticiones se dixo de nulidad de las dichas transaciones, y en la conclusion se halla la clausula, *y sobre todo cumplimiento de justicia*, en que se hallan implicitos todos y qualesquiera pedimientos, sobre que el negocio se hallare instruydo, y substanciado: imò, que quando solamente estuuiera narrado en los libellos, aunque no estuuiera pedido en la conclusion, posset & deberet pronuntiari super omne id, quod in libello narratur, & exactis probatum appareret licet in conclusione non sit petitum ex textu, vbi omnes in capit. cum dilectus de ordine cognitionum, vbi Abbas, & Antonius de

Butrio,

Butrio, Iason, in §. omnium, instit. de actionib. à num. 147. Sese, decis. 27. per totam, 1. part. & cum Alexand. & alijs additio ad decisionem Guidonis Papæ 263. litera B. maxime attenta veritate, y en este Tribunal tan superior, donde se deue juzgar la verdad sabida, ex late traditis à Pinello, in l. 2. C. de rescind. vendit. 3. par. cap. 3. num. 28. l. 10. tit. 17. lib. 4. recopil. ibi: *Que se juzgue segun la verdad que hallaren prouada*, no dize el texto que hallaren pedida, quod etiam resoluit Mexia, in explicat. l. Toleti, in nono fundamento, 1. part. nu. 13. 14. & 15. & cum Surdo, Antonio Gomez, & alijs, Ioãnes Gutierrez, lib. 1. practicar. quæst. 100. per totam. Lo vltimo, porque quando en rigor el remedio que se ha intentado por el Monasterio, fuera solamente el executiuo, y no el ordinario, que entrambos estan verdaderamente intentados, y sustanciado el negocio sobre todo, y en el executiuo, el Monasterio no tuuiera justicia tan conocida, constando tenerla en via ordinaria tan notoria, & quę nulla tergi versatione potest celari, se deuiera pronunciar en via ordinaria, en fauor del Monasterio, iuxta text. in l. fin. §. si quis aduersario, ff. de eo quod metus causa, Grammatico, cons. 40. n. 27. Azeued. in l. 1. tit. 13. lib. 4. compilat. ex num. 34. Gutierrez, de iuramento confirmatorio, 3. part. capit. 19. num. 6. D. Perez de Lara, de anniuersarijs, lib. 1. cap. 10. num. 72. Pereyra, decis. Lusitana 76. nu. 4. Mier. de maiorat. in nouisima æditione, 3. par. quæst. 24. num. 8.

VLTIMA EXCEPTIO.

35 ¶ Vltimamente dan a entẽder por sus peticiones los Abogados contrarios que la Ciudad de Xerez ha venido oy a disminuyrse en mas de la mitad de la vezindad, y assi las cargas vienen a ser mayores, y el Cõuento ha crecido en hazienda, y en ganado, y no contribuyendo, como no cõtribuye en los pechos, no deue gozar como los vezinos, a que tenemos respondido en la primera parte desta alegacion, que el Monasterio es verdaderamente vezino, y se deue reputar por tal, no obstante q̃ no contribuya en los pechos seculares, cum contribuat in spiritualibus, y haga tantas limosnas, y

socorros a personas pobres, y comunidades necessitadas, a los soldados, y presidios de su Magestad, y de subsidio y escusado paga cada año mas de 400. ducados para el sustento de las galeras de España; y assi viene a ser de mas vtilidad que si contribuyera en los pechos, y cargas reales, como los demas vezinos, & insuper, que el empeño de la ciudad, ni diminucion de los vezinos no la ha causado el Monasterio, sino la mala administracion de la ciudad, en auer conuertido en otros vsos lo que estaua consignado para pagar las rentas reales, y el auer oy menos vezindad de la que entõces auia, es de mayor vtilidad para la pretensiõ del Monasterio, pues siẽdo menos los vezinos, y los terminos, y encinares de la dicha ciudad tan grandes, aurà mas pastos, y aprouechamientos para todos, y el auer crecido la hazienda del Conuento, y las crias de sus ganados, es causa para que sea mayor el tronco que se les aya de repartir, secundum necessitatem, & indigentiã, no obstante qualquiera pacto, sentencia, o transacion, porq̃ en semejantes materias nunca tienen punto fijo, sed intelliguntur rebus sic stantibus iuxta textum in c. non debet de consangui. & affinitate, Surdo, cons. 268. num. 37. Barbos. in l. diuortio, §. fin. 2. par. nume. 61. ff. solut. matrimon. Gamma, decis. 110. nu. 38. cum seqq. Mieres, de maiorat. 4. par. quæst. 1. num. 74. Bald. in l. 1. §. sed scimus, C. de latina libertate tollenda, Lancel. in consuetu. Alexandriæ, verbo, *solidos*, quæst. 30. à. numer. 124. cum seqq.

Ex quibus omnibus, queda llana la justicia del Monasterio, para que se determine conforme a su pretension, y a lo fundado en esta alegacion: quod ita pronuntiandum speramus. Salua, &c.

El Licenciado Alonso de Morales Ballesteros.